UNIDADE 5

A Administração Pública

Objetivos específicos de aprendizagem

Ao finalizar esta Unidade, você deverá ser capaz de:

- Discutir o Poder Executivo;
- Compreender a Administração Pública, seus princípios e sua organização; e
- Descrever o funcionamento da Administração Pública Direta e Indireta.

O que é Administração Pública

Caro estudante,

Tendo estudado os pilares do Estado brasileiro no tocante à sua organização, agora é hora de compreendermos como nossa nação é administrada. Nesta Unidade dedicada à Administração Pública, começaremos pelo seu conceito. Em seguida trataremos dos princípios pelos quais ela é regida. Então trataremos de um importante tema: a divisão entre Administração Pública Direta e Indireta (é nesse momento que você estudará as Autarquias, as Fundações, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista).

Então, vamos lá?

Bons estudos e qualquer dúvida não hesite em conversar com seu tutor.

A expressão Administração Pública pode ser definida e delimitada, preliminarmente, em dois sentidos: um amplo e outro restrito.

- Em sentido amplo, a denominação de Administração Pública incluiria os órgãos de Governo, incumbidos de estipular as políticas e diretrizes de Governo, e também os órgãos administrativos, encarregados na prática e por incumbência legal de executar e aplicar as políticas governamentais traçadas pelo Governo.
- Em sentido estrito, a conceituação de Administração Pública se refere exclusivamente à consecução das atividades administrativas, excluindo-se a formulação das políticas de Governo.

Vale a pena lembrarmos ainda que o Governo, antes de formular suas políticas de curto e longo prazo, frequentemente se socorre dos conhecimentos específicos dos Órgãos e Entidades da Administração Pública.

O termo Administração Pública também pode ser conceituado no seu sentido formal, subjetivo ou orgânico. Assim, a Administração Pública seria entendida como o conjunto de agentes públicos, órgãos e entidades administrativos encarregados por lei e regulamento do exercício das atividades administrativas. Logo, o aparelho de que dispõe a Administração Pública para a consecução das atividades administrativas faz referência à Administração Pública em seu sentido subjetivo, orgânico ou formal.

Também podemos definir a Administração Pública em seu sentido material, objetivo ou funcional. Trata-se de conceituar a Administração Pública em relação às atividades administrativas exercidas pelo Estado e, *in casu*, não inclui a análise dos sujeitos que exercem as citadas atividades. Em tal concepção, vamos verificar que a Administração Pública inclui as atividades de polícia administrativa, a noção de serviço público, o fomento e a intervenção administrativa na liberdade e propriedade dos sujeitos privados.

E você, sabe no que mais atua a atividade administrativa?

A atividade administrativa poderá atuar, também, no sentido de regulamentar, fomentar ou mesmo intervir diretamente na atividade econômica. Trata-se da atividade de intervenção administrativa.

As ações das Agências reguladoras constituem exemplos de atividades reguladoras exercidas por entidades da Administração Indireta com competência legal de fiscalizar e regular as atividades econômicas de interesse público.

As atividades de regulação e fiscalização das telecomunicações, da geração e do uso da energia elétrica, do controle das águas, dos transportes terrestres etc. não podem ficar

submetidas à livre vontade do mercado, pois constituem setores econômicos que se caracterizam pela forte repercussão social. Logo, mesmo que o Estado não execute direta ou indiretamente tais atividades, faz-se necessária a sua intervenção para que o interesse público não fique entregue às flutuações e incongruências do mercado.

No Brasil, as Agências Reguladoras foram criadas em uma perspectiva de privatizações (venda de entidades da Administração Indireta para o setor privado) e de delegação contratual de serviços públicos (concessões e permissões de serviços públicos). Nos Estados Unidos da América, as Agências Reguladoras surgiram sob a perspectiva de ausência do Estado conjugada com a necessidade de impor limites à ação da iniciativa privada, para proteger o interesse público.

Com respeito à intervenção direta do Estado na Economia, a forma usual é a criação das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. São entidades da Administração Indireta, criadas por lei autorizadora, com objetivos principalmente de intervenção na atividade econômica, mas, alternativamente, poderão ser criadas para a prestação de serviços públicos. Como exemplos de entidades interventoras nas atividades econômicas podemos citar a Petrobras e o Banco do Brasil.

A expressão Administração Pública pode ser compreendida desde uma perspectiva ampla ou restrita, no seu sentido formal, subjetivo ou orgânico ou mesmo no sentido material, objetivo ou funcional.

A atividade de fomento executada pela Administração Pública destina-se a estimular determinados setores e sujeitos da iniciativa privada que exercem ou deveriam exercer atividades privadas de interesse e utilidade públicas. Como exemplos de atividades de fomento podemos citar os incentivos fiscais, os financiamentos subsidiados e em condições favoráveis, os auxílios financeiros incluídos nos orçamentos etc.

O exercício do Poder de Polícia consiste na atividade administrativa, efetivada com base na lei, que limita a liberdade e propriedade dos particulares, com o intuito de satisfazer o interesse público.

Convém lembrar que as sociedades são constituídas por diversos grupos heterogêneos, com interesses e expectativas diversas. Encontrar o denominador comum para a boa e pacífica convivência seria o objetivo primeiro a ser alcançado pela Administração Pública. Para que tal objetivo seja alcançado, faz-se necessário, muitas vezes, restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais, obviamente, com respaldo em dispositivos legais. A função ou atividade administrativa atuaria nesse sentido. Como exemplos do uso do poder de polícia podemos mencionar as fiscalizações de natureza sanitária e fiscal exercidas pelas entidades administrativas.

A atividade de serviço público seria executada direta ou indiretamente pela Administração Pública sob regime jurídico de direito público.

A pergunta a ser feita a você é a seguinte: o que seria um regime jurídico de direito público? Vamos então à resposta a essa pergunta?

Podemos catalogar as seguintes características quando nos referimos a um regime jurídico de direito público:

- O Estado atua em situação de supremacia ou de privilégio em relação ao administrado. Assim, a Administração Pública possue prerrogativas e poderes especiais. Observe-se que tais privilégios devem ser expressamente previstos no ordenamento jurídico.
- As relações jurídicas entre o Estado e os particulares são reguladas por normas especiais que objetivam a consecução do interesse público, mesmo que para isso tais normas tenham de restringir interesses particulares.

- Determinados tipos de controle incidem sobre tais relações jurídicas.
- A Administração Pública executaria suas atividades submetida a uma série de princípios de natureza pública.

A origem histórica dos princípios do Direito Público, que se referem às atividades administrativas, remonta à Revolução Francesa e à atuação do Conselho de Estado da França, que, ao analisar casos concretos específicos, afastou a aplicação do Código Civil (que constitui norma, por excelência de direito privado) e criou inúmeros princípios de direito público como: a alteração e revogação unilateral dos contratos administrativos pela Administração, o princípio da responsabilidade extracontratual do Estado e a autoexecutoriedade dos atos administrativos.

A iluminação dos municípios franceses à época era implementada pelo uso do gás. Os contratos que regiam o uso de tal iluminação eram regidos pelo Código Civil e, portanto, submetidos ao princípio do ***pacta sunt servanda****, ou seja, o que foi pactuado não poderia ser alterado. Com o surgimento da iluminação por energia elétrica, de melhor qualidade, mais segura e mais barata, a Administração Pública francesa ficou submetida forçosamente àqueles contratos regidos pelo direito privado.

Pacta sunt servanda – essa expressão latina significa que os pactos devem ser cumpridos. Fonte: Elaborado pelos autores.

A questão chegou ao Conselho de Estado francês que assim decidiu: em nome do interesse público, aqueles contratos poderiam ser alterados ou rescindidos unilateralmente pela Administração.

Assim, a noção de serviço público e dos princípios do Direito Administrativo público foram sendo paulatinamente incorporados às leis e às Constituições dos diversos países, a partir das soluções eminentemente práticas encontradas pelo Conselho de Estado Francês.

Princípios da Administração Pública

Na Constituição de 1988, encontramos a maioria dos princípios que regem a Administração Pública e suas atividades. Alguns dos princípios que ordenam as atividades administrativas estão expressamente previstos no texto constitucional, enquanto que outros princípios derivam do Estado democrático de Direito, mas não são encontrados expressamente na Constituição.

Podemos perceber que um dos princípios basilares da Constituição é aquele que determina a supremacia do interesse público sobre o privado. Tal princípio pode ser abstraído da ordem constitucional e do Estado democrático de Direito. Assim, a Administração, ao exercer suas atividades administrativas, deverá perseguir a consecução do interesse público, mesmo que para cumprir tal objetivo tenha de sacrificar ou reduzir algum direito de liberdade ou de propriedade do particular.

Como exemplos da aplicação do referido princípio podemos citar os atributos do ato administrativo e o uso do poder de polícia.

Outro, e talvez o mais importante, princípio que rege a atividade administrativa é o princípio da legalidade. Segundo tal princípio, a Administração Pública não pode dispor livremente dos bens e interesses colocados pelo ordenamento jurídico aos seus cuidados. Não pode transigir nem negociar livremente com tais bens e interesses. Um exemplo de aplicação de tal princípio: a proteção legal especial que incide sobre os bens públicos.

Do princípio basilar anterior deriva talvez o mais importante princípio que rege a atividade administrativa: o da legalidade. O princípio da legalidade está previsto expressamente na Constituição, no *caput* de seu artigo 37, que dispõe que a Administração Pública se submete aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Segundo tal princípio, a Administração Pública somente poderá realizar o que foi previsto em lei, enquanto que os sujeitos privados poderão fazer tudo que não está proibido por lei. Administrar é aplicar a lei de ofício. Portanto, a atividade administrativa é plenamente vinculada à lei.

Em geral, resta-nos saber como a lei estabelece seus dispositivos com vista a orientar as atividades administrativas. A lei poderá estabelecer dispositivos vinculados que prescrevem todos os passos e detalhes da atividade administrativa, sem deixar ao agente margem para análises subjetivas ou mesmo para realizar quaisquer considerações de mérito (conveniência e oportunidade) para efetivar a medida devida.

Outra forma de a lei dispor sobre as atividades administrativas é quando estabelece a possibilidade do uso do poder discricionário por parte do agente do Estado que aplica a medida administrativa ao caso concreto.

Mas você sabe quando e como ocorre tal fato? Vamos ver?

Em algumas ocasiões, constitui tarefa extremamente difícil para o legislador delimitar com precisão todas as hipóteses com que o administrador se depara no mundo real para que possa aplicar a lei com precisão. Portanto, o legislador delega ao administrador a possibilidade de fazer uma avaliação de mérito (de conveniência e oportunidade) para aplicar a lei ao caso concreto. Conveniência seria a forma de aplicar a lei. Oportunidade seria o momento certo para fazer valer a lei.

E quando a legislador se depara com tal situação, quais seriam suas possibilidades de legislar?

Seriam duas opções: ele estabeleceria a competência para o agente sem dizer expressamente como tal competência seria exercida; ou o Legislador daria várias opções de escolha ao administrador para que este escolhesse a mais conveniente e o momento oportuno. Por exemplo: a lei diria que tal agente seria competente para realizar a remoção no serviço público, sem especificar como, quando e em que situação a lei facultaria ao agente público a aplicação da penalidade de advertência, de multa ou de suspensão do infrator.

E você sabe por que razão é importante conhecer o significado do uso do poder discricionário?

É importante conhecer para que possamos entender os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade, que também regem os comportamentos da Administração Pública.

O princípio da razoabilidade significa que a Administração, principalmente quando faz uso de seu poder discricionário, deve adotar comportamentos aceitáveis e de certa forma previsíveis de acordo com o esperado pelo meio social em que a Administração se insere. Por exemplo, se a ocasião pede que o agente público se dirija ao cidadão com cortesia e solicite que aguarde a ordem na fila, seria razoável que o agente público encerrasse suas atividades devido a conflitos que tumultuassem e pudessem originar violência durante a formação da fila.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, a Administração deve adotar pautas comportamentais na extensão e intensidade necessárias para a consecução da finalidade da lei e do interesse público. Dá uma ideia de medida proporcional da ação administrativa. Por exemplo, se a ocasião exige a aplicação de uma simples advertência, não poderia o agente aplicar a penalidade de suspensão injustificadamente.

Já o princípio da finalidade determina que a Administração, no uso de seu poder discricionário deve atender às finalidades

almejadas pelo Legislador ao criar a lei. Seria o exemplo da remoção no serviço público efetuada com a finalidade de punir o servidor. A remoção foi idealizada pelo legislador com vista à melhor organização dos serviços e nunca para punir.

Há também o princípio da moralidade, constitucionalmente previsto no *caput* do artigo 37, significa que o agente público, no exercício de suas atribuições, deve agir com honestidade, boa-fé, integridade e probidade. Por exemplo, a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, de Improbidade Administrativa, tipifica diversas situações e institui inúmeras penas para as ocasiões em que a probidade administrativa é vulnerada.

Para conhecer mais sobre a lei acesse: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8429.htm>. Acesso em: 1º dez. 2010.

O princípio da publicidade, também inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição, constitui mandamento a ser seguido tanto pelo legislador quanto pelo agente público. A Administração deverá dar publicidade aos seus atos e atuar com total transparência, pois somente agindo assim haverá a possibilidade do exercício de um efetivo controle das atividades administrativas e o consequente respeito ao princípio democrático. Por exemplo, a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, obriga a que se publique no Diário Oficial e em jornal de grande circulação o resumo do edital de licitação e os extratos do contrato e do convênio administrativos.

Outro princípio é o da impessoalidade, que determina que a Administração Pública não pode estabelecer preferências pessoais no seu relacionamento com o público interessado nos serviços públicos. É um princípio correlato ao princípio da igualdade, estabelecido como direito fundamental no artigo 5º da Constituição. Por exemplo, a obrigatoriedade da realização de concurso público para a nomeação de servidores públicos e a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para as contratações públicas.

Temos também o princípio da eficiência, que foi introduzido no texto da Constituição pela Emenda Constitucional n. 19 de 4 de junho de 1998. Constitui princípio sempre buscado pelo legislador. Vislumbramos a presença de tal princípio já no Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Toda a Reforma Administrativa formulada a partir dos anos de 1980 teve como escopo a consecução do citado princípio. Significa que a Administração não

Para saber mais sobre a Lei acesse: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm>. Acesso em: 1º dez. 2010.

deve adotar procedimentos burocráticos desnecessários, não previstos na lei nem nos regulamentos, que dificultem a prestação dos serviços públicos. A Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regulamenta o Processo Administrativo na Administração Pública Federal, ao estipular no seu artigo 2°, parágrafo único, inciso VIII, que os processos administrativos deverão observar as formalidades essenciais ao atendimento do interesse público, consagra o princípio do Informalismo, que é corolário da Eficiência. Esse princípio não quer dizer que a administração pública não precisa respeitar as formas definidas para os seus atos. Quer dizer tão somente que nos processos e procedimentos administrativos, as formalidades serão somente as estritamente legais.

Para um melhor entendimento, vamos visualizar alguns exemplos de tentativas de melhorar a eficiência na Administração Pública: a criação da figura do contrato de gestão no início dos anos de 1990; as privatizações; a delegação contratual de serviços públicos mediante a aprovação da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de Concessões e Permissões de Serviços Públicos; a incorporação do Contrato de Gestão no artigo 37, § 8° da Constituição; a criação das Organizações Sociais, por meio da Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips), criadas pela Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999; a Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, das Parcerias Público Privadas (PPP); e a Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, dos Consórcios Públicos.

Os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, consagrados na Constituição, foram exaustivamente reforçados e regulamentados na Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o Processo Administrativo Federal. A razão de tal posicionamento do legislador consiste na tentativa de democratizar e evitar que os poderes e os privilégios da Administração sejam aplicados de forma autoritária.

A Administração possui privilégios? Evidentemente que sim. Como evitar que os privilégios concedidos pelo Legislador à Administração possam se transformar em arbitrariedades?

Reforçando os aspectos da ampla defesa e do devido processo legal. Vamos ver como isso acontece?

O princípio da responsabilidade objetiva extracontratual do Estado também teve origem na jurisprudência do Conselho de Estado Francês, no julgamento do caso Blanco. Constitui princípio previsto no artigo 37, § 6º da Constituição, que dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o de regresso contra os agentes que causarem o dano, no caso de dolo ou culpa.

Vamos aclarar os elementos trazidos pelo texto constitucional:

- Das entidades estatais passíveis de responsabilização: União, Estados, Distrito Federal e municípios e todas as suas Autarquias e Fundações Públicas; as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista prestadoras de serviços públicos; todos os Órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário; as Empresas Permissionárias e Concessionárias de Serviços Públicos no que concerne às suas atividades relacionadas com a prestação dos serviços.
- Os agentes terão de atuar na **qualidade** de agentes públicos. Não haverá responsabilização objetiva se o agente não estiver agindo na função de agente público.
- Há uma duplicidade de relações jurídicas: a do lesado com o Estado e o direito de regresso que o Estado possui com relação ao servidor que ocasionou o dano. As duas relações jurídicas são independentes. O Estado, para se ressarcir, tem de provar o dolo ou a culpa do agente. O lesado, para ser indenizado, não precisa comprovar o dolo ou a culpa do agente nem a ausência ou mau funcionamento do serviço.
- A responsabilidade é objetiva: basta comprovar que ocorreu a ação do Estado, que houve o dano, e o nexo

de causalidade entre o dano e a ação do Estado, ou, melhor dizendo, que o dano foi realmente causado pela ação do Estado. Não há necessidade de comprovar o dolo ou a culpa na ação do Estado.

Qual seria o fundamento teórico da responsabilidade objetiva do Estado? Seria a teoria do risco administrativo?

Com o aumento do número das entidades estatais e o consequente incremento das atividades administrativas, ocorreu concomitantemente o aumento do risco de que as citadas atividades administrativas pudessem ocasionar danos na esfera patrimonial das pessoas físicas ou jurídicas privadas.

Quando o Estado indeniza as pessoas em razão de danos cometidos por seus agentes no exercício das atividades administrativas, o faz com recursos públicos.

Portanto, o Estado não faz mais do que repartir os danos perpetrados por seus agentes com toda a coletividade, em razão do incremento do risco de suas atividades.

O fundamento teórico é o risco administrativo e não o possível dolo ou culpa do agente ou do Estado.

Organização administrativa: Administração Direta e Indireta

Tendo em vista que realizamos um estudo acerca da definição do Conceito de Administração Pública, vamos abordar a referida Administração Pública no seu aspecto subjetivo, ou seja, abordaremos as pessoas jurídicas (órgãos e entidades) que prestam os serviços públicos.

A Administração Pública tradicionalmente costuma prestar seus serviços diretamente, mediante a ação regulada de seus próprios órgãos centralizados ou por meio de entidades criadas fora de sua estrutura central, de maneira descentralizada.

Logo, podemos dividir a Administração Pública tradicional em administração centralizada, também conhecida por Administração Direta, e administração descentralizada, também conhecida por Administração Indireta.

Assim, a Administração Pública Direta caracteriza-se pela prestação dos serviços públicos de forma centralizada no Estado. Já a Administração Pública Indireta acontece quando o Estado descentraliza os serviços públicos em entidades dotadas de autonomia.

Qual seria a principal razão para que o Chefe do Poder Executivo tome a iniciativa, mediante envio de projeto de lei específico ao Congresso Nacional, de criar uma entidade da Administração Indireta?

A justificativa seria conferir à entidade a ser criada uma maior autonomia administrativa e financeira, uma maior liberdade para administrar e gastar e, assim, prover maior grau de eficiência na prestação dos serviços públicos.

Portanto, quando o sistema da prestação de serviços públicos por meio da Administração Direta fica insuficiente, o Poder Executivo cria uma entidade da Administração Indireta para, conferindo um maior teor de liberdade administrativa, proporcionar melhor prestação dos serviços públicos.

Todavia, se o Estado em vez de criar uma entidade da Administração Pública Indireta resolve ele mesmo prestar os serviços públicos, isso ocorrerá, conforme já vimos, no âmbito da Administração Pública Direta. E ela possuirá as seguintes características:

- Centralização administrativa, considerando que os serviços públicos são prestados pelos próprios órgãos centralizados.

- Divisão das atribuições nos respectivos órgãos administrativos em escala hierárquica, ou seja, ocorre o que chamamos de desconcentração administrativa.
- Relacionamento piramidal e hierárquico entre os órgãos, com as seguintes possibilidades e obrigações: delegar competências, avocar competências, revogar e anular atos de órgãos inferiores, quando inconvenientes ao interesse público ou eivados de ilegalidades, dar ordens, receber e obedecer ordens legais.
- Ausência de personalidade jurídica dos órgãos e, portanto, impossibilitados, ressalvados os Órgãos mais elevados do Poder Público, de contrair direito e obrigações e de atuar com capacidade processual. Logo, em princípio, a personalidade jurídica é da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, assim tais entidades federativas é que são os sujeitos de direitos e obrigações.
- As competências são para o exercício das típicas atividades administrativas, ou seja, para a prestação de serviços públicos.

Por outro lado, quais seriam as características da Administração Indireta?

- Descentralização administrativa, considerando que os serviços públicos seriam prestados por outras entidades, fora do corpo centralizado da Administração Pública.
- Personalidade jurídica, tendo em vista que as entidades criadas por razões de autonomia administrativa e financeira possuem personalidade jurídica própria e, portanto, são sujeitos que podem contrair direitos e obrigações e atuar processualmente. Observe-se que,

quando uma entidade da Administração Indireta firma um contrato administrativo, o faz em nome próprio, tendo em vista sua capacidade de contrair direitos e obrigações.

- Autonomia administrativa e financeira, ou seja, uma maior liberdade para administrar e gastar definida na lei de sua criação.
- São entidades que sofrem supervisão administrativa (também se utilizam os termos controle e tutela administrativa). A supervisão administrativa seria um tipo de controle com um menor grau de rigidez em relação à subordinação hierárquica, com vista a verificar se a entidade criada está cumprindo seus objetivos estipulados na lei de criação. O Decreto-Lei n. 200/67, determina em seu artigo 4°, parágrafo único, que os Ministérios supervisionarão as Entidades da Administração Indireta de sua área de competência. Portanto, o Ministério da Previdência deverá supervisionar o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). As características da supervisão ministerial Federal estão listadas no artigo 26 do citado Decreto-Lei n. 200/67.
- Somente poderão ser criadas mediante lei específica, ou por meio da lei autorizadora. O artigo 37, inciso XIX, da Constituição, determina que somente mediante lei específica poderão ser criadas Autarquias ou autorizada a criação de Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Assim, na hipótese de criação de Autarquias, a lei cria. Como as Fundações Públicas se submetem a regime jurídico idêntico ao das Autarquias, a lei também cria tais entidades. Nos demais casos, a lei autoriza a criação.

Saiba mais — **Lei de criação**

Lei de criação nos termos do artigo 37, inciso XX, da Constituição, depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades citadas, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada. Esta lei específica é aquela que somente poderá dispor sobre aquele assunto, e não outro. Fonte: Elaborado pelos autores.

- Além do mais, tais entidades não poderão ser criadas para exercer atribuições genéricas. A lei de criação tem de estipular expressamente suas funções e atribuições.

Convém lembrarmos ainda que os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público integram, também, a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados, como prevê o artigo 6°, § 1°, da Lei n.11.107, de 6 de abril de 2005, que dispôs que o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a Administração Indireta de todos os entes da Federação associados.

Identificamos as entidades da Administração Indireta, agora vamos discorrer sobre características de cada uma delas. Vamos lá?

Das Autarquias

O Decreto-Lei n. 200/67, que dispôs sobre a organização da Administração Pública Federal, definiu Autarquia no seu artigo 5°, inciso I, como o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Como visto, o Decreto-Lei n. 200/67 não declarou expressamente a natureza pública das Autarquias, mas tal natureza pode ser comprovada tendo em vista que o regime jurídico público constitucional que se refere às entidades administrativas públicas aplica-se integralmente às Autarquias. Logo, são entidades eminentemente administrativas que executam serviços públicos, típicos do Estado.

Podemos ver que as Autarquias somente poderão ser criadas por meio de lei específica, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Como são criadas por lei, pelo princípio do paralelismo das formas, somente poderão ser modificadas ou extintas também por lei.

Com respeito às possibilidades de controle, sofrem controle interno, concernente à sua estrutura hierarquizada. São também supervisionadas, tuteladas e controladas pelo órgão ministerial da área de competência. Podem sofrer controle direto do Congresso Nacional, que poderá efetivar fiscalização sobre os atos de tais entes, diretamente, ou por qualquer de suas casas, conforme previsão do artigo 49, inciso X, da Constituição. São controladas e fiscalizadas pelo Tribunal de Contas da União, nos termos previstos nos artigos 70, 71 e 72 da Constituição. Assim, submetem-se a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

O Tribunal de Contas também é competente para fiscalizar a legalidade, economicidade e legitimidade de seus atos e contratos. São passíveis de mandado de segurança e de ação popular, nos termos previstos no artigo 5°, incisos LXIX e LXXIII, respectivamente. Submetem-se também ao controle jurisdicional, tendo em vista que o artigo 5°, inciso XXXV, da Constituição, estipula que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Os bens das Autarquias são bens públicos, ou seja, são em princípio inalienáveis. Assim, qualquer forma de alienação deverá ser realizada nos termos da lei; são impenhoráveis para pagamento de dívidas; não podem servir como garantia para o pagamento de empréstimos e não podem ser adquiridos por usucapião. Portanto, gozam de toda a proteção legal destinada aos bens públicos.

Ver artigos 100 e 101, do Código Civil e artigos 17 a 19 da Lei n. 8666/93.

A responsabilidade extracontratual das entidades autárquicas é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6°, da Constituição. No caso de exaurido a patrimônio da entidade autárquica, a entidade controladora arca subsidiariamente com os prejuízos oriundos da responsabilização.

As entidades autárquicas também possuem privilégios tributários, uma vez que, nos termos do artigo 150, § 2°, da Constituição, não poderão ser instituídos impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços das Autarquias, desde que vinculados a suas finalidades essenciais ou às que delas decorram.

Possuem ademais alguns privilégios processuais como o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer nos processos judiciais (artigo 188 do Código de Processo Civil).

Têm direito ao duplo grau de jurisdição, ou seja, a sentença emitida contra as Autarquias não produz efeitos até ser confirmada pela instância superior. Por outro lado, as despesas dos atos processuais das Autarquias são pagas ao final do processo pela parte vencida.

Devemos nos lembrar de realizar uma referência com relação às Autarquias denominadas de especiais. Então vamos ver o que significam?

A doutrina científica denomina tais entidades de Autarquias especiais em razão da necessidade de autorização do Senado Federal para a nomeação de seus dirigentes, e da proteção especial do mandato fixo que os citados dirigentes possuem, em comparação com os dirigentes das Autarquias comuns.

Na categoria de Autarquias especiais, encontramos dois formatos mais comuns: as chamadas agências executivas e as denominadas agências reguladoras.

A Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, dispõe em seu artigo 51, *in literis*:

> Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:
>
> I – ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;
>
> II – ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.
>
> § 1º A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.
>
> § 2º O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a

> disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão. (BRASIL, 1998).

Assim, bastou a autarquia possuir um plano estratégico de reestruturação e celebrar contrato de gestão com o Ministério supervisor para que seja qualificada como agência executiva. O contrato de gestão deverá definir as metas a serem atingidas assim como os meios pertinentes à sua implementação. Observe que tal contrato de gestão é o mesmo previsto do artigo 37, § 8°, da Constituição, e que foi instituído na Carta Magna por meio da Emenda Constitucional n. 19/98.

As agências reguladoras foram criadas em um contexto da retirada do Estado da produção direta de bens ou utilidades econômicas, com a consequente redução da máquina administrativa estatal, e a necessidade de implementação de determinado controle nas atividades estatais desestatizadas. Portanto, as agências reguladoras realizam a intervenção indireta do Estado, por meio da regulação, nas atividades econômicas efetivadas pelo setor privado.

A atividade reguladora implica no exercício do poder normativo por parte das citadas entidades. Essa é a questão que provoca maior polêmica com respeito ao tema agências reguladoras. Quais seriam os limites ao exercício da atividade reguladora?

Das Fundações Públicas e das Fundações Privadas Governamentais

O artigo 5°, inciso IV, do Decreto-Lei n. 200/67, definiu as Fundações Públicas como sendo as entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Por outro lado, o referido artigo 5°, em seu § 3º, estabeleceu que as entidades de que trata o inciso IV, do artigo 5°, adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.

Convém lembrar que, em princípio, as Fundações Governamentais seriam pessoas jurídicas de direito privado, instituídas e em algumas ocasiões mantidas pelo poder público, com objetivos de prestação de serviços de natureza social e sem finalidades lucrativas.

Entretanto, parte da doutrina costuma dividir as Fundações Governamentais em duas categorias:

- as de direito público, com personalidade jurídica de direito público; e
- as de direito privado instituídas pelo Estado.

No primeiro caso, tais Fundações seriam, em realidade, verdadeiras Autarquias, incidindo sobre tais entidades a totalidade do regime jurídico de direito público que vigora sobre as entidades autárquicas. *In casu*, exerceriam atividades típicas de Estado, inclusive seriam detentoras das prerrogativas típicas de direito público. Por exemplo, Fundação Nacional da Saúde, Fundação Universidade de Brasília e Fundação Nacional do Índio.

No segundo caso, as Fundações teriam personalidade jurídica de direito privado e exerceriam atividades sociais que não seriam exclusivas do Estado e que, portanto, também poderiam ser exercidas por Fundações instituídas pela iniciativa privada.

O Supremo Tribunal Federal também corroborou a tese da possibilidade da existência da fundação de direito público, no RE n. 215.741, Min. Rel. Maurício Corrêa, em 30 de março 1999, ao considerar que "A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público."

Na realidade, quem faz a escolha do formato em que será criada a Fundação é o Chefe do Poder Executivo, que encaminhará o respectivo projeto de lei.

No que concerne ao regime jurídico das Fundações públicas, podemos concluir que seria idêntico ao incidente sobre as Autarquias, ou seja, seriam detentoras de todas as prerrogativas de direito público atribuídas às Autarquias, com os mesmos privilégios tributários e processuais. Seus bens seriam bens públicos. O regime jurídico do pessoal seria idêntico ao aplicável às Autarquias. Seus atos, quando administrativos, seriam passíveis de mandado de segurança e de ação popular. Não sofreriam o Controle pelo Ministério Público, nos moldes estabelecidos no artigo 66, do Código Civil. Serão supervisionadas pelo Ministério da área de competência, no caso das fundações públicas federais. Seus atos e contratos seriam administrativos, submetidos ao Direito Público. A responsabilidade extracontratual seria objetiva, conforme prevê o artigo 37, § 6°, da Constituição. O foro para solucionar os litígios das Fundações públicas federais seria o da Justiça Federal.

As Fundações privadas governamentais difeririam das Fundações públicas nos seguintes aspectos: seus bens seriam privados e, portanto não gozariam de proteção especial destinada pelos artigos 100 e 101, do Código Civil, aos bens públicos; o regime de contratação de seu pessoal seria o da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT); o foro competente para dirimir seus litígios seria o da justiça estadual; e, quando praticassem atos de natureza privada, não seriam passíveis de ação popular e de mandado de segurança.

Das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista

A forma de o Estado intervir diretamente na economia é criando as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista. É o que determina o artigo 173, da Constituição, ao prever que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Assim, as hipóteses que podem determinar a criação das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista são os imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo.

As Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, em princípio, sujeitam-se ao regime jurídico das pessoas jurídicas privadas, pois o artigo 173, § 4°, inciso II, da Constituição, estipula que tais entidades se submeterão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Por outro lado, inúmeros dispositivos constitucionais típicos de direito público se aplicam às referidas entidades: se submetem aos princípios da Administração Direta e Indireta determinados no *caput* do artigo 37; para a contratação de pessoal, necessitam obrigatoriamente de realizar concurso público (art. 37, II); as vedações de acumulação de cargos atingem os empregados dessas entidades (art. 37, XVII); para realizarem suas contratações, obrigatoriamente têm de licitar (art. 37, XXI e 173, § 1°, III); somente poderão ser criadas por lei autorizadora (art. 37, XIX e XX); sofrem fiscalização pelo Tribunal de Contas (art. 70) etc.

Em razão da incidência do regime jurídico de direito público sobre as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, a doutrina entende, corretamente, que tais entidades possuem regime jurídico híbrido de direito público e de direito privado.

A definição legal de Empresa Pública e de Sociedade de Economia Mista é conferida pelo Decreto-Lei n. 200/67, em seu artigo 5°, incisos II e III, *in verbis*:

> II – Empresa Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.
>
> III – Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a

> exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

Analisando a definição legal das entidades tratadas podemos visualizar as diferenças entre elas: o capital das Empresas Públicas é de propriedade exclusiva da União (no caso de Empresas Públicas federais), enquanto que o capital com direito a voto das Sociedades de Economia Mista é de maioria pública; e as Empresas Públicas podem ser constituídas sob quaisquer das formas admitidas em direito, ao passo que as Sociedades de Economia Mista somente poderão ser constituídas sob a forma de sociedades anônimas.

Ademais, o foro competente para dirimir as lides das Empresas Públicas federais é o da Justiça Federal. Já o foro competente para resolver os litígios das Sociedades de Economia Mista federais é o da Justiça Estadual. Se a União for chamada a intervir em questões de alguma Sociedade de Economia Mista, o processo deverá ser avocado para a Justiça Federal.

Com respeito ao regime jurídico incidente sobre as duas formas citadas, podemos destacar:

- criação e extinção por lei;
- personalidade jurídica de direito privado;
- poderão ser criadas para a prestação de serviços públicos ou a intervenção na atividade econômica, realizando atividades comerciais e empresariais que o Estado entenda necessárias à segurança nacional e ao relevante interesse público;
- regime tributário das empresas privadas; se forem prestadoras de serviços públicos, seus bens serão bens públicos, se forem exploradoras de atividades econômicas, seus bens serão privados;
- não possuem privilégios processuais;
- a contratação de pessoal é realizada mediante concurso público pelo regime da CLT;

- seus empregados não gozam de estabilidade no emprego;
- não podem acumular empregos e cargos públicos;
- seus empregados equiparam-se aos funcionários públicos para fins penais (artigo 327, § 1°, do Código Penal);
- são considerados agentes públicos para efeitos de prática dos ilícitos de improbidade administrativa previstos na Lei n. 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa;
- obrigatoriamente, têm de licitar, nos termos previstos no artigo 2°, da Lei n. 8.666/93, e no artigo 37, XXI, da Constituição;
- não estão sujeitas à falência (artigo 2°, I, da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005);
- a responsabilidade extracontratual das entidades prestadoras de serviços públicos é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6°, da Constituição; e
- no caso das entidades exploradoras de atividades econômicas, a responsabilidade extracontratual é subjetiva, nos termos do direito privado.

Sendo assim, podemos perceber que as empresas públicas possuem características que as tornam diferentes das empresas privadas. Cada um dos itens anteriores demonstra a proteção que é dada às empresas públicas com o objetivo principal de proteger o seu capital social: que é público, logo, é proveniente do povo.

Novas figuras administrativas

Na história recente de nosso País, ocorreram várias reformas administrativas que buscaram diversificar e conferir maior grau de eficiência à prestação dos serviços públicos e, também,

às atividades que de alguma maneira impliquem um determinado teor de interesse público.

Entretanto, antes de discorrer sobre essas novas figuras administrativas, convém aprofundar a noção de serviço público.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 665), *in verbis*:

> [...] serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado, ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador das prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo.

Já Meirelles (2005, p. 323) conceitua serviço público como

> [...] todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.

Para a corrente essencialista, serviço público seria aquela atividade que, por sua própria natureza, somente poderia ser exercida sob um regime jurídico de direito público.

A acepção subjetiva seria aquela que afirma que o serviço público seria aquele prestado diretamente pelo Estado. Tal corrente foi desmentida pelo ordenamento jurídico tendo em vista que as entidades da Administração Indireta também prestam serviços públicos.

Já a corrente formalista entende que serviço público seria aquele que o ordenamento jurídico, a constituição e as leis afirmassem que dita atividade seria ministrada de forma pública. Essa é a opinião majoritária da doutrina no Brasil.

O professor Paulo Modesto (2008) entende que a dicotomia serviço público/atividade de exploração econômica se sustenta na ideia da dicotomia entre o Estado e a Sociedade. Assim, a Administração Pública de todos os poderes monopolizaria a prestação dos serviços públicos enquanto que a iniciativa privada seria a responsável direta pelo domínio na área econômica, restando ao Estado as funções regulatórias e fiscalizadoras da atividade econômica. O Estado somente poderia substituir os particulares na ação econômica em situações restritas que fossem demandadas pela segurança nacional e pelo relevante interesse público. Por outro lado, os particulares poderiam exercer atividades de natureza pública como delegados contratuais do Estado.

Saiba mais — **Paulo Modesto**

Professor de Direito Administrativo da UFBA e CCJB. Presidente do Instituto de Direito Público da Bahia. Membro do Ministério Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Ex-assessor especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Fonte: <http://tinyurl.com/2d8tftm>. Acesso em: 30 ago. 2010.

Este modelo foi denominado pelo professor Paulo Modesto como de soma zero: “as atividades são qualificadas como atividades públicas ou privadas, por um lado, e de interesse público ou de interesse privado por outro”. (MODESTO, 2005, p. 2).

Ocorre que no Estado Social pode-se observar uma **zona híbrida** em que podemos encontrar situações nas quais o particular pode desenvolver atividades de interesses públicos que não seriam enquadradas formalmente na noção de serviço público.

Tais atividades seriam denominadas de serviços de relevância pública mencionadas expressamente nos artigos 129, inciso II e 197, da Constituição, *in verbis*:

> II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL, 1988).

Portanto, é necessário que seja procedido ao rompimento do modelo denominado **soma zero** e que se inclua na classificação das atividades de prestação pública as atividades de relevância pública exercidas pelos particulares, inclusive em regime de parceria com o setor público e, logicamente, sob controle estatal.

Assim, é importante trazer ao cenário a conceituação de serviço de relevância pública para que possamos introduzir as novas figuras da reforma administrativa.

Contratos de Gestão

Nas duas últimas décadas, podemos observar um movimento nas políticas governamentais no sentido de implementar um novo modelo de Administração Pública, denominado de administração gerencial. A origem histórica dessas **novas ideias** podemos encontrar no Plano Diretor da Reforma do Estado e nos trabalhos apresentados pelo então Ministro Bresser-Pereira (1996, p. 27-28), que entendia que a inovadora

> [...] forma de gestão da coisa pública mais compatível com os avanços tecnológicos, mais ágil, descentralizada, mais voltada para o controle de resultados do que o controle de procedimentos, e mais compatível com o avanço da democracia em todo o mundo, que exige uma participação cada vez mais direta na gestão pública.

Foi a Emenda Constitucional n. 19/98, conhecida como a Emenda da Reforma Administrativa, que introduziu a figura do Contrato de Gestão no nosso ordenamento constitucional, em seu artigo 37, § 8°, *in verbis*:

> § 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:
>
> I – o prazo de duração do contrato;
>
> II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
>
> III – a remuneração do pessoal.

Convém observar que a Constituição não menciona expressamente a expressão contrato de gestão, e sim o vocábulo contrato. Entretanto, ao estabelecer que o objeto de tais contratos seria o de fixar metas de desempenho, tendo em vista a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, o texto constitucional não fez mais do que reafirmar a própria natureza do contrato de gestão que seria o cumprimento de determinadas metas pelas entidades estatais, em troca de algum privilégio concedido pelo poder público, *in casu*, a ampliação da autonomia administrativa e financeira.

Foi o Decreto n. 137/91, o dispositivo normativo que iniciou a regulação dos contratos de gestão em nosso ordenamento jurídico. Nos termos especificados no artigo 8º, do revogado Decreto n. 137/91, as Empresas Estatais poderiam submeter ao Comitê de Controle das Empresas Estatais (CCE) "[...] propostas de contratos individuais de gestão, no âmbito do Programa de Gestão das Empresas Estatais, objetivando o aumento de sua eficiência e competitividade".

Em consonância com o § 1º do mesmo dispositivo, os contratos de gestão, estipulando os compromissos reciprocamente assumidos entre a União e a empresa, contêm cláusulas especificando:

- objetivos;
- metas;
- indicadores de produtividade;

- prazos para a consecução das metas estabelecidas e para a vigência do contrato;
- critérios de avaliação de desempenho;
- condições para a revisão, renovação, suspensão e rescisão; e
- penalidades aos administradores que descumprirem as resoluções do CCE ou as cláusulas contratuais.

Já o § 3º do referido dispositivo determinava que

> [...] as empresas estatais que vierem a celebrar contratos de gestão com a União ficarão isentas do sistema de autorização prévia previsto no artigo 3º, II, assim como do disposto no artigo 3º do Decreto n. 17, de 1 fev. 91.

Sendo assim, o artigo 3º, II, referido no dispositivo, estipulava que as Empresas Estatais deveriam submeter à prévia aprovação do CCE suas propostas relativas a preços e tarifas públicas, admissão de pessoal, despesa de pessoal, inclusive contrato a título de Serviços de Terceiros, elaboração, execução e revisão orçamentárias, contratação de operações de crédito ou de arrendamento mercantil, inclusive refinanciamento; e demais assuntos que afetem a política econômica.

O citado Decreto deu origem aos primeiros contratos de gestão firmados com a Companhia Vale do Rio Doce (CRVD) e a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras).

As Organizações Sociais e os Contratos de Gestão

Foi a Lei n. 9.637, de 15 de maio de 1998, que instituiu a nova figura jurídica denominada Organizações Sociais no nosso ordenamento jurídico. O artigo 1º da mencionada Lei, autorizou o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento

tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Enumerou como requisitos específicos para que as entidades privadas habilitem-se à qualificação como organização social, os seguintes:

> I. comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:
>
> a) a natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
>
> b) a finalidade não lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
>
> c) a previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquela composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas na lei;
>
> d) a previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
>
> e) a composição e atribuições da diretoria;
>
> f) a obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
>
> g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
>
> h) a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade; e
>
> i) a previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação,

> ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.
>
> II. haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

A citada Lei também prevê, em seu artigo 5°, a figura do Contrato de gestão considerado como o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas de interesse público e social.

O contrato de gestão deverá discriminar as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social e deverá ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade estimulada.

Já o artigo 7° da Lei observa que os Contratos de Gestão a ser firmados com as Organizações Sociais deverão conter o seguinte:

> I. especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; e
>
> II. a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Podemos observar que as Organizações Sociais poderiam ser incluídas naquelas entidades de natureza privada, sem finalidades lucrativas que prestam serviços de relevância pública, também chamadas de terceiro setor.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs)

Uma nova figura jurídica criada pela ação do Governo e do Congresso Nacional, por meio da Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999 (regulamentada pelo Decreto n. 3.100, de 30 de junho de 1999), foi a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Tal criação deriva do intuito de melhorar a prestação dos serviços de relevância pública.

Podem ser qualificadas pelo Ministério da Justiça como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais sejam um dos descritos a seguir conforme artigo 3° da Lei n. 9.790:

> I. promoção da assistência social;
>
> II. promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
>
> III. promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
>
> IV. promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
>
> V. promoção da segurança alimentar e nutricional;
>
> VI. defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
>
> VII. promoção do voluntariado;

VIII. promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX. experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X. promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI. promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII. estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Ao contrário das Organizações Sociais, que firmam contratos de gestão com o Poder Público, as OSCIPs firmam os chamados Termos de Parceria com o Poder Público. Na verdade, tanto os Contratos de Gestão como os Termos de Parceria poderiam ser incluídos na categoria dos convênios, considerando que os interesses em jogo, tanto do Poder Público quanto do parceiro privado, são convergentes e objetivam a mesma finalidade: a prestação de serviços de relevância pública.

As Parcerias Público Privadas (PPPs)

As Parcerias Público Privadas surgiram em razão da incapacidade de o Estado financiar os grandes projetos de infraestrutura necessários ao desenvolvimento do País tendo em vista a incapacidade do setor público para ações de tamanho vulto.

As PPPs foram criadas pela Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. O legislador, em verdade, criou dois novos formatos específicos de concessão de serviços públicos (artigo 2°):

- A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (que regulamentou o artigo 175 da Constituição e que dispõe sobre as concessões e permissões de serviços públicos), quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.
- A concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

As diferenças entre as três modalidades de concessão são as seguintes:

- Na concessão comum, da Lei n. 8.987/95, o concessionário contratado se remunera por meio da cobrança de tarifa do usuário do serviço.
- Na concessão patrocinada, o parceiro privado se remunera por meio de prestação pecuniária repassada pelo Estado e, adicionalmente, pela cobrança de tarifa.
- Na concessão administrativa, o parceiro privado será remunerado exclusivamente pela Administração que é a usuária indireta do serviço, sendo que a pessoa que se beneficia da prestação do serviço seria a usuária direta.

O prazo dos contratos de PPPs não poderá ser inferior a cinco anos, nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação. Ademais, é vedada a contratação de PPPs por valores inferiores a R$ 20 milhões.

Complementando...

Seu conhecimento não para por aqui. Para ampliá-lo, procure fazer as leituras sugeridas a seguir:

- *Direito Administrativo Descomplicado* – de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo. Capítulo denominado *Reforma Administrativa e Terceiro Setor*, no qual os autores realizam estudo didático sobre o assunto.
- *Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas*: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômico para as parcerias público-privadas – de Paulo Modesto. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2010.

Resumindo

Nesta Unidade, você aprendeu que o Poder Executivo é, dos três Poderes, o que cuida precipuamente da Administração Pública. Para tanto, nós estudamos que a Administração Pública é entendida, em sentido estrito, como o conjunto de agentes públicos, órgãos e entidades administrativas encarregadas por lei e regulamento do exercício das atividades administrativas.

Entre diversos princípios que regem a Administração Pública, você viu conosco alguns extremamente importantes como a supremacia do interesse público sobre o privado, mediante o qual podemos entender que, em um eventual conflito entre os interesses da coletividade e de um indivíduo, prevalece a coletividade.

Outro princípio igualmente importante é o da indisponibilidade dos interesses públicos. Entende-se por seu intermédio que a Administração Pública – como instituição – não pode dispor livremente dos bens e interesses colocados pelo ordenamento jurídico aos seus cuidados.

Vimos, ainda, que a Administração Pública organiza-se em duas facetas: a Administração Pública Direta e a Administração Pública Indireta. Enquanto a primeira caracteriza-se pela prestação de serviços públicos diretamente pelo Estado, a última compõe-se de entidades dotadas de personalidade jurídica (e, portanto, autônoma) para exercer as funções descentralizadas.